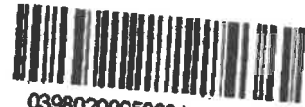




SĄD NAJWYŻSZY

Rzeczpospolitej Polskiej
KANCLARZ SENATU
Kancelaria Ogólna
Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego
- 8. 05. 2018
Prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf
15 951/2018 P
BSA I/II-021-169/18
(podpis)



03980200050081
RPW/15951/2018 P
2018-05-28

Warszawa, dnia 25 maja 2018 r.

Pan
Stanisław Gogacz

Przewodniczący
Komisji Ustawodawczej
w Senacie Rzeczypospolitej Polskiej

Szanowny Panie Przewodniczący,

W odpowiedzi na pismo z dnia 25 kwietnia 2018 r., BPS.DKS.KU.0401.7.2018 działając na podstawie art. 1 pkt 4 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2018 r. poz. 5 ze zm.) w załączeniu uprzejmie przesyłam uwagi Sądu Najwyższego do *projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy - Kodeks karny (druk senacki nr 776).*

Z wyrazami szacunku



Opinia

o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy –Kodeks karny (Druk Senatu RP IX kadencji nr 776)

I. Uwagi wprowadzające

Dnia 27 marca 2018 r. Komisja Praw Człowieka, Praworządności i Petycji Senatu RP IX kadencji wniosła, na podstawie art. 90d ust. 1 pkt 1 Regulaminu Senatu, o podjęcie postępowania w sprawie inicjatywy ustawodawczej dotyczącej projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Kodeks karny.

Z uzasadnienia opiniowanego projektu ustawy wynika, że stanowi realizację postulatów zawartych w petycji wielokrotnej „Stop alienacji rodzicielskiej”¹, PW-9-01/17, wniesionej do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej i popartej przez 1101 osób indywidualnych.

Należy odnotować, że grupa osób postulujących zmianę stanu prawnego jest relatywnie niewielka, gdy zważy się choćby tylko na liczbę corocznie orzekanych rozwodów małżeństw posiadających wspólne małoletnie dzieci (przykładowo w 2016 r., gdy orzeczono 63.497 rozwodów, takich małżeństw było 37.288, a pochodziło z nich

¹ Zjawisko nazywane „alienacją rodzicielską”, wcześniej znane, jako syndrom „wyalienowanego (odrzuconego) rodzica” (*Parental Alienation Syndrome – PAS*) zostało przedstawione przez amerykańskiego psychiatrę R. A. Gardnera w publikacji z 1985 r. Dlatego bywa też nazywane *syndromem Gardnera*. Na przełomie lat 90.tych XX w. rozpoczęła się krytyka tej koncepcji, a nawet zanegowanie jej zasadności (nieprecyzyjność, nienaukowy język, mała próba badawcza, pominięcie PAS w klasyfikacji chorób DSM-IV), która jednak współcześnie osłabła, choć opisywanemu zjawisku nie przypisuje się cech „choroby”, a w jego określeniu pomija się słowo „syndrom” (*parental alienation*). (Na ten temat w ujęciu psychologicznym zob. A. Czerederecka, *Syndrom oddzielenia od drugoplanowego opiekun (PAS) - przydatność diagnozy w badaniach sądowych w kontekście krytyki zjawiska*, *Nowiny Psychologiczne* 2005, nr 3, s. 31-41, A. Czerederecka, *Rozwód a rywalizacja o opiekę nad dziećmi*, Warszawa 2010, s. 80-83 oraz powołana tam literatura psychologiczna. W literaturze prawniczej T. Justyński, *Parental Alienation Syndrome (PAS) w świetle prawa i judykatury niemieckiej* (w:) *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego* (red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M Łączkowska, A. N Schulz), Toruń 2008, s. 374-382. Według koncepcji Gardnera dziecko, wskutek „zaprogramowania” przez rodzica będącego jego „pierwszoplanowym opiekunem”, w imię lojalności wobec niego, bezkrytycznie przyjmuje za własne stanowisko tegoż rodzica i odmawia kontaktów z drugim z rodziców (rodzicem „wyalienowanym”, traktowanym, jako „wróg”).

54.706 małoletnich dzieci²). Można domniemywać, iż podpisani pod petycją reprezentują głównie osoby niezadowolone z zapadłych rozstrzygnięć sądowych odnośnie do władzy rodzicielskiej nad ich dziećmi (głównie ojców)³ bądź wnukami⁴. Organizacje skupiające takie osoby od dłuższego czasu⁵ postulują, aby tzw. piecza naprzemienna nad wspólnymi małoletnimi dziećmi stanowiła "priorytetowy" sposób rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej rodziców żyjących w rozłączeniu.

Zawarte w opiniowanym projekcie propozycje dotyczą zmiany różnych unormowań zawartych w 3 kodeksach: rodzinnym i opiekuńczym, postępowania cywilnego oraz karnym. Poniższe uwagi będą odnosiły się do proponowanych zmian stanu prawnego w prawie rodzinnym i w prawie karnym. Proponowane zmiany w Kodeksie postępowania cywilnego zostaną pominięte, bowiem mają charakter „kosmetyczny” uwzględniający zmiany zapisów dotyczących nowej instytucji „przemiennego zamieszkiwania dziecka z każdym z rodziców w porównywalnych okresach”.

² GUS. *Rocznik Demograficzny*, Warszawa 2017, s. 238, tabl. 31 (61), s. 251, tabl. 45 (75), 45 (76).

³ Postulaty zmian w prawie rodzinnym wzmacniające pozycję ojców „pokrzywdzonych przez sądy” prezentowały w internecie takie organizacje, jak przykładowo „Centralne Stowarzyszenie Obrony Praw Ojca i Dziecka”, „DzielnyTata”, „TataDzieciom”, „Śląskie Stowarzyszenie Obrony Praw Ojca i Dziecka” i inne.

⁴ Przykładowo Stowarzyszenie pod nazwą „Forum Matek Przeciw Dyskryminacji Ojców” z siedzibą w miejscowości Płocochowo, woj. mazowieckie (prawdopodobnie wykreślone z KRS 15 listopada 2017 r. – informacja dostępna w dniu 22 maja 2018 r. pod adresem <https://krs-pobierz.pl/stowarzyszenie-forum-matek-przeciw-dyskryminacji-ojcow-w-likwidacji-i524533>).

⁵ W dniu 9 czerwca 2014 r. do Sądu Najwyższego (sprawa zarejestrowana w BSiA SN ood sygnaturą BSA I – 055 – 113/14) wpłynęło pismo Stowarzyszenia Forum Matek przeciwko Dyskryminacji Ojców, adresowane do Prezydenta, Premiera, Pierwszego Prezesa SN, Ministra Sprawiedliwości, Rzeczników Praw Obywatelskich i Praw Dziecka zawierające żądanie „aby protest ojców i ich rodzin oraz osób wspierających został natychmiast zrealizowany”. Zgromadzeni przed Pałacem Prezydenckim w dniu 1 czerwca 2014 r. (liczebność – ograniczoną – manifestantów ilustrowała fotografia będąca częścią składową „Petycji – Protestu”) żądali, między innymi, wprowadzenia „opieki naprzemiennnej równoważnej”, oraz uchylenia przepisów dotyczących władzy rodzicielskiej po rozwodzie (art. 58 § 1a k.r.o.), władzy rodzicielskiej rodziców żyjących w rozłączeniu (art. 107 k.r.o.), oraz art. 26 kodeksu cywilnego (miejsce zamieszkania dziecka). Stowarzyszenie było bardzo aktywne w organizowaniu manifestacji i wspieraniu różnych inicjatyw stowarzyszeń ojców takich jak Dzielny Tata, Centralne Stowarzyszenie Ochrony Praw Ojca i Dziecka. Zabiegało (skutecznie) o kontakty z Ministrem Sprawiedliwości, Senatem RP, Sejmową Komisją Polityki Społecznej. W okresie, z którego pochodził wymieniony tu „Protest” na stronie Stowarzyszenia był zamieszczony następujący wpis: *„METODY WALKI Z SYSTEMEM - co możesz zrobić - wymień się linkami - poznaj jak największą liczbę znajomych w sieci, organizuj spotkania i burzę mózgów, wysyłaj pismo, maile do prezydenta, premiera - pisz jak najwięcej - niech prezydent się dowie, kontaktuj się z ojcami, którzy mają taki sam problem - DzielnyTato.pl - przyłącz się, kontaktuj się z mediami - informuj je że nie ty masz problem ale że to jest SYSTEM, informuj znajomych że taki problem istnieje, czytaj dużo literatury prawnej, zapamiętaj artykuły, odwiedź biura poselskie mów o opiece naprzemiennnej - 182/182, pamiętaj opieka naprzemienna to nie tylko czas a podział równy między tatą a mamą”*. Postulat wprowadzenia pieczy naprzemiennnej zawierał też projekt ustawy „O zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy Kodeks postępowania cywilnego i Kodeksu Karnego oraz ustawy o kuratorach sądowych” z 2013 r., nazywany „Społecznym uzgodnionym projektem zmian w prawie Rodzinnym”. (http://www.csopoid.pl/resources/files/Projekt_zmiany_KRiO_i_KPC-2013.pdf), który był opracowany przez stowarzyszenia ojcowskie i prezentowany na stronie internetowej „Centralnego Stowarzyszenia Obrony Praw Ojca i Dziecka”, http://www.csopoid.pl/opieka_naprzemienna.html (dostęp 22 maja 2018 r.).

II. Ocena projektowanych zmian przepisów ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy

1. Rozstrzygnięcie sądu o wykonywaniu władzy rodzicielskiej w braku porozumienia rozwodzących się małżonków o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu z dzieckiem kontaktów po rozwodzie

1.1. Wzmianka o wcześniejszym stanie prawnym

Zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 58 k.r.o. (następnie 58 § 1 k.r.o.) w wyroku orzekającym rozwód sąd rozstrzygał o władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi obojga małżonków. Jednym ze sposobów tego rozstrzygnięcia mogło być powierzenie wykonywania władzy jednemu z rodziców z równoczesnym ograniczeniem władzy rodzicielskiej drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka. Przyjmowano, że sąd mógł także pozostawić obojgu rodzicom władzę rodzicielską⁶. Sąd Najwyższy w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 18 marca 1968 r., III CZP 70/66,⁷ wypowiedział pogląd, iż pozostawienie pełni władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym rodzicom musi być poprzedzone ustaleniem: „że stosunek wzajemny małżonków oraz inne okoliczności, a przede wszystkim ich dotychczasowy stosunek do dzieci oraz wzajemne kontakty w tym zakresie, zapewniają szanse zgodnego wykonywania przez oboje rodziców władzy rodzicielskiej wspólnie, w sposób odpowiadający dobru dziecka i interesowi społecznemu (art. 95 § 3)”.

Mimo niewątpliwej słuszności wymienionych wskazówek Sądu Najwyższego, badania praktyki sądów powszechnych, prowadzone już w latach 70. tych XX w., wykazywały, iż pozostawiano pełnię władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom, także mimo konfliktu między nimi stanowiącego negatywną prognozę co do możliwości zbudowania koalicji wychowawczej i zgodnego wykonywania władzy rodzicielskiej⁸. W konsekwencji w takich przypadkach albo wspólne wykonywanie władzy rodzicielskiej było w rzeczywistości fikcją, bo jedno z rodziców rezygnowało z realizacji swoich uprawnień, albo – gdy nie rezygnowało – następowała eskalacja sytuacji konfliktowych. Dlatego zgłaszano postulaty

⁶ Przed wejściem w życie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dominowało stanowisko, iż w przypadku rozpadu związku rodziców władza rodzicielska powinna zostać tak ukształtowana, aby wyeliminować prawdopodobieństwo kolizji uprawnień rodziców (tak przykładowo K. Jagielski, *Istota i treść władzy rodzicielskiej*, Studia Cywilistyczne 1963, tom III, 1963, s. 111). W art 101 projektu k.r.o. z 1962 r. przewidywano zapis o powierzeniu w wyroku orzekającym rozwód wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców i ograniczeniu władzy rodzicielskiej drugiego, który wykluczał możliwość pozostawienia obojgu rodzicom pełni władzy rodzicielskiej. Zmiana tego zapisu nastąpiła w czasie prac parlamentarnych. (Za W. Stojanowską, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 169).

⁷ „Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w zakresie stosowania przepisów art. 56 oraz art. 58 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego”, pkt V, OSN CP 1968, nr 5, poz. 77.

⁸ W. Stojanowska *Pozostawienie władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym małżonkom nad ich małoletnimi dziećmi*, ZN IBPS 1975, nr 2, też *Problematyka rozwodów w świetle badań*, Warszawa 1977, s. 21 – 23, też: *Sposób wykonywania władzy rodzicielskiej po rozwodzie w razie pozostawienia jej obojgu rodzicom bez ograniczenia*, ZN IBPS 1979, nr 11, też: *Dowód z opinii Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno – Konsultacyjnego w sprawach o rozwód i jego wpływ na treść wyroków w świetle wyników badań aktowych*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2002, nr 2. Syntetyczna prezentacja wyników badań została także przedstawiona przez W. Stojanowską w *Systemie Prawa Prywatnego*, tom 11 *Prawo Rodzinne i Opiekuńcze* pod red. T. Smyczyńskiego, Warszawa 2014, s. 761 – 768.

zmiany stanu prawnego, które zostały uwzględnione w projekcie, który po zmianach został uchwalony 6 listopada 2008 r.⁹ Uzależniono wówczas możliwość pozostawienia obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej po rozwodzie (oraz rodzicom z innej przyczyny żyjącym w rozłączeniu) nad ich wspólnymi małoletnimi dziećmi od przedstawienia sądowi porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów. Oczekiwano, że rezultaty nowego rozwiązania będą zbliżone do osiągniętych za pomocą podobnej instytucji stosowanej z powodzeniem w USA¹⁰.

W uzasadnieniu projektu ustawy, uchwalonej 6 listopada 2008 r., prognozowano, że „porozumienie” sporządzone przez rodziców (w pierwszej wersji przepisu nie zapisano wymagania pisemnej formy, bowiem zakładano oczywistość takiej formy wynikającą z użycia sformułowania „sporządzenie”) przedstawiane sądowi do akceptacji mogłoby powstawać przy pomocy pracowników rodzinnych ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych¹¹, którzy łączyliby w ten sposób „wsparcie z mediacją i terapią rodzinną”¹².

W literaturze przedmiotu oceniano, że „porozumienie” będzie spełniało funkcje *informacyjną* skłaniając rodziców do analizy wszystkich zakresów wykonywania władzy rodzicielskiej, *normatywną* (treść porozumienia zawiera wiążące dla rodziców normy postępowania), *edukacyjną* wynikającą z konieczności zapoznania się ze stanem prawnym, uświadomienia sobie przez rodziców ich obowiązków i praw a nie poprzestawaniu wyłącznie na „intuicyjnej” ocenie treści władzy rodzicielskiej, *prewencyjną*, jako że szczegółowy plan współpracy przeciwdziałała konfliktom, zawczasu przewidując sposób rozwiązania mogących się pojawić w przyszłości kwestii spornych¹³.

Wanda Stojanowska w opinii do rządowego projektu ustawy¹⁴ sugerowała celowość doprecyzowania wymagań odnośnie do porozumienia rodziców¹⁵.

⁹ Dz. U. 2008, nr 220, poz. 1431.

¹⁰ Wzorzec („plan wychowawczy”) przygotowany przez żyjących w rozłączeniu rodziców był wielokrotnie opisywany w polskiej literaturze. A. Szlęzak: *Reforma prawa rozwodowego w USA*, Nowe Prawo 1988, nr 9, s. 90 – 99, T. Sokołowski: *Skutki prawne rozwodu*, Poznań 1996, s. 73 – 82, W. Stojanowska, *Władza rodzicielska pozamałżeńskiego i rozwiedzionego ojca*, Warszawa 2000, s. 200 i n., W. Stojanowska: *Postulat przeniesienia amerykańskiej koncepcji „planu wychowawczego” rozwodzących się rodziców na grunt prawa polskiego*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2007, nr 7.2, s. 7 – 44, J. Kosińska – Wiercińska: *Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu rodziców na tle prawa amerykańskiego*, Rodzina i Prawo 2011, nr 19, s. 12 – 32, W. Stojanowska, *Porozumienie” rodziców jako przesłanka pozostawienia im obojgu władzy rodzicielskiej po rozwodzie. Wybrane zagadnienia*, Acta Iuris Stetinensis tom 6, Szczecin 2014, s. 301- 312

¹¹ Od 1 stycznia 2016 r. analogiczne funkcje jak uprzednio rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne pełnią Opiniodawcze Zespoły Sądowych Specjalistów (ustawa z 15 sierpnia 2015 r. o opiniodawczych zespołach sądowych specjalistów, tekst jednolity Dz. U. 2018, poz. 708).

¹² Uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej omawiany przepis opublikowanego w druku Sejmowi RP V kadencji nr 888, pkt. 1F.

¹³ Tak B. Czech [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, (red. K. Piasecki), Warszawa 2009, s. 474, powtórzone z akceptacją w komentarzu do art. 58 autorstwa J. Winiarza w opracowaniu J. Gajdy [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, (red. K. Pietrzykowski), Warszawa 2010, s.554.

¹⁴ Opinia dotycząca projektu ustawy zawartego w druku sejmowym VII kadencji nr 1166, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk.nsf/Opwsdr?OpenForm&>

¹⁵ W. Stojanowska, w szczególności, sugerowała doprecyzowanie „w jakim trybie powinno być ono sporządzane i wykonywane(..) Można ten problem rozwiązać w opiniowanym projekcie w inny sposób, dodając np. § 1b do art. 58 o treści: „Odrębne przepisy regulują tryb (sposób) sporządzania porozumienia, o którym mowa w § 1”. Akt niższego rzędu łatwiej zmieniać, jeżeli zajdzie potrzeba na podstawie uzyskanego doświadczenia w toku

Autorka ta postulowała w powołanej opinii także zapis o obligatoryjnym określeniu przez sąd miejsca pobytu dziecka „w celu uniknięcia wątpliwości, czy dopuszczalna jest, nieprzewidziana na szczęście w polskim prawie rodzinnym, tzw. naprzemienna władza rodzicielska, polegająca na tym, że dziecko przebywa okresowo u każdego z rodziców. Taki model władzy rodzicielskiej jest wyjątkowo niebezpieczny dla dziecka, gdyż (...) rodzice tracą nad nim kontrolę”.

Pogląd powyższy początkowo został zaakceptowany przez Posłów i wprowadzony do projektu ustawy, jednakże podczas dyskusji w komisji sejmowej skreślono wymóg ustalania miejsca pobytu dziecka przy orzekaniu o pozostawieniu władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom (projekt rządowy po poprawkach Komisji - druk nr 1111 z dnia 8 października 2008 r.).

Nastąpiło to w celu zadośćuczynienia oczekiwaniom organizacji grupujących ojców uważających się za „pokrzywdzonych przez sądy” i usunięcia przeszkód w wykonywaniu przez rodziców tzw. pieczy naprzemienniej nad dzieckiem¹⁶.

Od wejścia w życie ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. (tzn. od 13 czerwca 2009 r.) do kolejnej nowelizacji art. 58 k.r.o., dokonanej ustawą z 25 czerwca 2015 r.¹⁷, obowiązującej od 28 sierpnia 2015 r., były prezentowane rozbieżne poglądy na temat dopuszczalności orzeczenia o pieczy naprzemienniej, gdy rodzice dziecka pozostawali w rozłączeniu.

Dotyczyły one także dopuszczalności zamieszczenia takiego rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym, które umożliwiłoby rodzicom sprawowanie naprzemiennie osobistej pieczy nad wspólnym małoletnim dzieckiem.

Zwolennicy tezy o dopuszczalności pieczy naprzemienniej wskazywali na brak powinności określenia miejsca pobytu dziecka przy jednym z rodziców w wyroku rozwodowym. Uważali, że - w konsekwencji powyższego - rodzice mogli w porozumieniu przedstawianym zgodnie z art. 58 § 1 k.r.o. określić naprzemiennie miejsce przebywania dziecka¹⁸.

Przeciwnicy pieczy naprzemienniej uznawali, że brak tego wymogu w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym nie przesądza sprawy, bowiem obowiązuje ustawowa

stosowania przepisów projektu dotyczącego „porozumienia” rodziców, gdy projekt stanie się ustawą. Później można by uregulować takie „porozumienie” („plan wychowawczy”) w odrębnej ustawie”. (Opinia dotycząca projektu ustawy zawartego w druku sejmowym VII kadencji nr 1166, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk.nsf/Opwsdr?OpenForm&>).

¹⁶ W. Stojanowska (w:) W. Stojanowska, M. Kosek, *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r. i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 74,75.

¹⁷ Dz. U. 2015, poz. 1062.

¹⁸ T. Justyński, *W sprawie tzw. opieki naprzemienniej*, *Rodzina i Prawo* 2011, nr 19, s. 5. J. Kosińska – Wiercińska, *Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w razie rozvodu rodziców na tle prawa amerykańskiego*, *Rodzina i Prawo* 2011, nr 19, s. 32.

koncepcja miejsca zamieszkania dziecka (art. 26 k.c.)¹⁹ a także podnosili liczne argumenty wskazujące na sprzeczność pieczy naprzemiennej z dobrem dziecka²⁰.

Sondażowa analiza orzeczeń rozwodowych ze stycznia 2011 r., przeprowadzona w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości w aspekcie rozstrzygnięcia o pozostawieniu pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom oraz o kontaktach z dziećmi po wejściu w życie nowelizacji art. 58 k.r.o., wykazała rozbieżną praktykę orzeczniczą²¹. Nie mniej, spośród wszystkich zbadanych 605 przypadków orzeczenia rozwodu małżeństwa stron mających wspólne małoletnie dzieci, pełną władzę rodzicielską sądy pozostawiły w 257 przypadkach, a więc w 42,5% rozstrzygnięć. Oczekiwanie ustawodawcy, że zmiana stanu prawnego spowoduje radykalne zmniejszenie liczby takich rozstrzygnięć nie spełniło się. Konstatacja ta dotyczyła praktyki większości sądów, których orzecznictwo było przedmiotem wymienionej analizy. Badanie wykazało, że zawsze w przypadku orzeczenia o pozostawieniu władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym rodzicom takie było ich zgodne stanowisko. Wymagana wówczas w ustawie (art. 58 § 1a k.r.o., zdanie drugie) przesłanka zgodnego wniosku rodziców o pozostawienie im obojgu władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi była spełniona. Sądy bardzo liberalnie traktowały wówczas wymaganie sporządzenia porozumienia, które wyjątkowo miało formę pisemną. W żadnym przypadku, nawet gdy porozumienie zostało sporządzone w formie pisemnej, nie obejmowało pełnego katalogu zagadnień składających się na treść władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem. Niezależnie od tytułu porozumienia, jego szczegółowość i precyzja były dalekie od teoretycznych prognoz i pierwowzoru porozumienia (amerykańskiego planu wychowawczego). Badanie potwierdziło obserwację praktyków, iż „sędziowie wykazują niekiedy skłonność do akceptowania porozumień rodziców o znacznym poziomie ogólności, które nie regulują wielu istotnych kwestii²²”. Postępowanie dowodowe w większości zbadanych spraw było bardzo skromne. Sporadycznie umożliwiało rzetelną prognozę, co do prawdopodobieństwa zgodnego współdziałania rodziców po rozwodzie.

Sądy we wszystkich zbadanych w omawianym badaniu przypadkach pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu rozwiedzionym małżonkom określili miejsce pobytu dzieci (mimo, iż nie było takiego wymagania zapisanego w art. 58 k.r.o.).

¹⁹ Na temat różnicy pomiędzy ustawowo określonym miejscem zamieszkania (art. 26 kodeksu cywilnego) a ustaleniem miejsca pobytu dziecka w wyroku rozwodowym zob. M. Domański, *Rozstrzygnięcie w wyroku rozwodowym o miejscu pobytu dziecka*, Przegląd Sądowy 2016, nr 11-12, s. 107-119.

²⁰ W. Stojanowska (w:) W. Stojanowska, M. Kosek, *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r., i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, red. W. Stojanowska, Warszawa 2011, s. 68.

²¹ E. Holewińska-Łapińska, Pozostawienie władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi obojgu rozwiedzionym rodzicom oraz rozstrzygnięcia o kontaktach z dziećmi w wyrokach rozwodowych, <https://www.iws.org.pl/pliki/files/E%20Holewi%20ska%20Pozostawienie%20w%C5%82adzy%20rodzicielskiej%202012.pdf> Przykładowo, pozostawianie w wyroku rozwodowym równej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom – rozwiedzionym małżonkom – wystąpiło zaledwie 3,9% wyroków wydanych przez Sąd Okręgowy w Częstochowie oraz aż w 84,5% wyroków wydanych przez Sąd Okręgowy w Łodzi.

²² Taką ocenę „z perspektywy adwokata praktykującego w sprawach rodzinnych” wyraziła np. J. Kosińska – Wiercińska: *Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu rodziców na tle prawa amerykańskiego*, Rodzina i Prawo 2011, nr 19, s. 29 - 30.

Tylko w jednym przypadku orzeczono o tzw. pieczy „naprzemiennej” (dwóch synów stron: starszy dziewięcioletni i młodszy liczący 6 lat i 9 miesięcy w okresach jednotygodniowych mieli przebywać u każdego z rodziców). Sporadycznie nastąpiło rozdzielenie rodzeństwa przez powierzenie bezpośredniej pieczy nad jednym dzieckiem matce, a nad drugim ojcu. Nigdy jednak orzeczenie sądu nie „wykreowało” rozdzielenia, a jedynie „legalizowało” istniejący stan faktyczny, który trwał od kilku miesięcy do nawet 8 lat w okresie poprzedzającym orzeczenie rozwodu.

Zważywszy na kontrowersje wokół dopuszczalności orzeczenia pieczy naprzemiennej, w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości zrealizowano kolejne badanie, którego celem było ustalenie czy rozstrzygnięcia o takiej formie sprawowania przez rodziców pieczy nad dzieckiem zapadają i z jaką częstotliwością²³.

Badanie wykazało występowanie przypadków orzekania z zastosowaniem modelu symetrycznej, naprzemiennej pieczy rodzicielskiej na terenie całego kraju jednakże w bardzo nielicznych przypadkach. Autor badania zwrócił uwagę, iż orzeczenia o takiej treści zapadły w stosunku do rodziców o wysokim poziomie wykształcenia²⁴, dobrej sytuacji materialnej, zamieszkałych w dużych ośrodkach miejskich, należycie wykonujących obowiązki rodzicielskie i silnie zaangażowanych w sprawy wspólnych dzieci. Miały też miejsce przypadki orzeczenia o pieczy naprzemiennej „*pomimo występowania okoliczności zdecydowanie niesprzyjających takiemu rozstrzygnięciu: nadużywania substancji psychoaktywnych przez rodziców, aktów przemocy domowej czy poważnych problemów zdrowotnych (natury psychicznej)*”. Niezwykle niepokojący był wysoki odsetek spraw (56%), w których sądy, nawet pośrednio, nie poznały stanowiska dziecka w zakresie preferowanego rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej²⁵.

Reasumując powyższe wywody oraz czyniąc pewne uproszczenia stan prawny i praktyka orzecznicza odnośnie do pozostawienia obojgu rozwodzającym się (żyjącym w rozłączeniu) rodzicom władzy rodzicielskiej w okresie obowiązywania Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego przedstawiał się, jak następuje.

(1) Od wejścia w życie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego do dnia 12 czerwca 2009 r.:

- a. nie była nigdy kwestionowana możliwość pozostawienia pełnej władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom po rozwodzie;
- b. przysługiwanie obojgu żyjącym w rozłączeniu rodzicom „pełnej” władzy rodzicielskiej rozumiane było jako ich obowiązek i uprawnienie do podejmowania wspólnie decyzji

²³ M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemiennej w wyrokach rozwodowych*, Prawo w Działaniu 2015, nr 25. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości zwrócił się do wszystkich sądów okręgowych o przesłanie akt wszystkich spraw rozwodowych, w których orzeczenie przewidujące pieczę naprzemienną zapadło w 2014 r. i było prawomocne. Do badania przesłane zostały akta 146 spraw, ale kryteriom doboru próby badawczej odpowiadały tylko 23 sprawy, rozpoznane w 10 sądach okręgowych. Badanie wykazało, że nawet samo pojęcie „pieczy naprzemiennej” było różnie rozumiane. Wiele z przesłanych akt spraw zawierało rozstrzygnięcie pozostawiające władzę rodzicielską obojgu rodzicom jednakże z określeniem stałego miejsca pobytu dziecka przy jednym z nich oraz przewidujące szerokie kontakty z drugim z rodziców.

²⁴ 72% matek i 62% ojców legitymowało się wykształceniem wyższym (M. Domański, op. cit., s. 144).

²⁵ M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemiennej w wyrokach rozwodowych*, Prawo w Działaniu 2015, nr 25, s. 145.

dotyczących osoby i majątku dziecka oraz sprawowania funkcji jego przedstawiciela ustawowego;

- c. pozostawienie pełnej władzy rodzicielskiej nie było traktowane jako równoznaczne z uprawnieniem do dzielenia w czasie uprawnienia do sprawowania bezpośredniej pieczy nad dzieckiem (mieszkania przez każdego z rodziców z dzieckiem w porównywalnych odcinkach czasu)²⁶;
- d. zgodnie z wytycznymi Sądu Najwyższego, pozostawienie obojgu żyjącym w rozłączeniu rodzicom władzy rodzicielskiej uważano za dopuszczalne, gdy sąd nie miał wątpliwości (w konsekwencji należytego przeprowadzenia wszechstronnego postępowania dowodowego), że będą oni w stanie zgodnie tę władzę sprawować traktując realizację wspólnie ustalonego dobra dziecka jako cel nadrzędny;

(2) Powyższe rozwiązania, co do zasady, zachowywały aktualność po 13 czerwca 2009 r., z tym, że dodatnią prognozą co do należytego, zgodnego sprawowania władzy rodzicielskiej od tej daty miało stanowić zawarcie przez rodziców porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów ze wspólnymi małoletnimi dziećmi.

W okresie od 13 czerwca 2009 r. do 28 sierpnia 2015 r. sąd mógł pozostawić władzę rodzicielską obojgu rodzicom tylko wtedy, gdy łącznie zostały spełnione następujące przesłanki: rodzice złożyli zgodny wniosek o takie orzeczenie, przedstawili sądowi sporządzone przez siebie porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów z dziećmi, sąd ustalił że przedstawione porozumienie jest zgodne z dobrem dzieci, których dotyczy oraz, że zasadne jest oczekiwanie, iż rodzice będą współdziałać w sprawach dziecka.

Jeżeli (z jakichkolwiek przyczyn) choćby jedna z wymienionych przesłanek nie wystąpiła sąd nie mógł pozostawić rodzicom władzy rodzicielskiej, mimo że takie orzeczenie byłoby korzystne dla dziecka. Gdy przesłanki te były spełnione orzecznictwo dopuszczało ustalenie w porozumieniu rodziców pieczy naprzemiennej. Opinie wypowiedane w literaturze przedmiotu na temat dopuszczalności pieczy naprzemiennej były rozbieżne.

1.2. Dopuszczalność rozstrzygnięcia przez sąd o pieczy naprzemiennej w aktualnym stanie prawnym

Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r.²⁷, obowiązująca od 29 sierpnia 2015 r. Ułatwiła orzekanie o pozostawieniu władzy rodzicielskiej rodzicom rozwodzącym się (art. 58 § 1a k.r.o.) oraz z innej przyczyny żyjącym w rozłączeniu (art. 107 § 2 k.r.o.).

Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 58 § 1a k.r.o., w braku porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywania kontaktów z dzieckiem, sąd *„uwzględniając prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców, rozstrzyga o sposobie wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie. Sąd może powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców,*

²⁶ W literaturze wskazuje się, że nie jest dopuszczalny podział w czasie władzy rodzicielskiej. Podzielone w czasie może być jednak sprawowanie bezpośredniej pieczy nad dzieckiem, która stanowi element władzy rodzicielskiej. Prawidłowe jest używanie pojęcia „piecza naprzemienna”.

²⁷ Dz.U. 2015, poz. 1062.

ograniczając władzę rodzicielską drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka, jeżeli dobro dziecka za tym przemawia”.

Brak porozumienia z art. 58 § 1 k.r.o. nie prowadzi więc automatycznie do ograniczenia władzy rodzicielskiej jednego z rodziców. Brzmienie przepisu pozwala na obronę stanowiska, iż - mimo braku porozumienia rodziców - władza rodzicielska (przynajmniej co do zasady) powinna być pozostawiona obojgu rodzicom. Sąd może powierzać władzę rodzicielską jednemu z rodziców i ograniczać władzę rodzicielską drugiego z rodziców do określonych uprawnień i obowiązków w stosunku do osoby dziecka, jedynie wtedy, kiedy pozostawienie władzy obojgu rodzicom jest sprzeczne z dobrem dziecka²⁸.

Wykładnia zmienionych przepisów może jednak budzić wątpliwości. Po pierwsze - pozostają one w związku z rozumieniem pojęcia „wychowanie” w kontekście „uwzględniania prawa dziecka do *wychowania przez oboje rodziców*” (pierwsze zdanie art. 58 §1a k.r.o.), co wiąże się z rozbieżnością poglądów na temat wzajemnego stosunku obowiązku i uprawnienia sprawowania „pieczy nad osobą dziecka” oraz obowiązku i uprawnienia „wychowania dziecka”. Zostały one w art. 95 § 1 k.r.o. przykładowo wymienione, jako dwa różne obowiązki i uprawnienia należące do władzy rodzicielskiej.

W literaturze przedmiotu prezentowana jest zarówno literalna wykładnia tego zapisu, jak i wykładnia prowadząca do wniosku, iż zakresy pojęć „piecza” i „wychowanie” krzyżują się, a także stanowisko, że „wychowanie” dziecka stanowi element „pieczy” nad jego osobą. Nie ma też jednolitego stanowiska na temat treści pojęcia „wychowanie” (troska zarówno o fizyczny rozwój dziecka, jak i o jego rozwój psychiczny/społeczny dziecka, czy też tylko kształtowanie osobowości, światopoglądu²⁹, postaw, systemu wartości) i jego związku z „kierowaniem” dzieckiem, o którym mowa w art. 96 § 1 k.r.o.³⁰

Po drugie – bardzo poważne problemy interpretacyjne są związane z zamieszczeniem w drugim zdaniu art. 58 §1a k.r.o. stwierdzenia, iż powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców z jednoczesnym ograniczeniem władzy rodzicielskiej drugiego z nich do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka może nastąpić „jeżeli dobro dziecka za tym przemawia”.

Wątpliwości pozostają w związku z faktem, iż każde rozstrzygnięcie dotyczące dziecka dokonywane przez sąd, zgodnie z art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka³¹, jako „sprawę nadrzędną” powinno traktować „najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka”.

W konsekwencji w każdym przypadku należałoby oczekiwać drobiazgowej analizy wszystkich okoliczności stanu faktycznego, dokładnie ustalonego przez sąd, prowadzącej do wyboru rozstrzygnięcia optymalnego dla danego dziecka. Z tej przyczyny

²⁸ Tak G. Jędrejek, Komentarz do art. 58 k.r.o. (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany* LEX/el., 2018, C12.

²⁹ Taka wykładnia doznaje silnego wzmocnienia przez zapis art. 48 Konstytucji RP, który stwierdza, że „rodzice mają prawo do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami”. J. Pawliczak stwierdził nawet, że prawo dziecka do wychowywania przez oboje rodziców jest „odpowiednikiem tego konstytucyjnie chronionego prawa rodziców”. Zob. *Komentarze Prawa Prywatnego, tom V Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO* (red. K. Osajda), Warszawa 2017, s. 734.

³⁰ Zob. na ten temat szerzej, choć w syntetycznej formie, M. Domański, *Model pieczy naprzemiennej jako rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym (na tle nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 25.06.2015 r.)*, *Przebieg Sądowy* 2017, nr 7-8, s. 56-59 i powołaną tam literaturę.

³¹ Dz. U. 1991, nr 120, poz. 526.

niedopuszczalna wydaje się wykładnia traktująca, jako domniemanie ustawowe, założenie, iż w braku porozumienia rodziców wspólne wykonywanie władzy rodzicielskiej przez rodziców jest zgodne z dobrem dziecka i nie wymaga jakiegokolwiek dowodu³².

Zasygnalizowane jedynie wątpliwości interpretacyjne wskazują, iż zmiana stanu prawnego w ustawie z 25 czerwca 2015 r. została dokonana w sposób wysoce niedoskonały i zapewne pod (co najmniej pewną) presją oczekiwań organizacji ojców uważających się za „pokrzywdzonych przez sądy”.

Już z przebiegu prac parlamentarnych nad nowelizacją z 2008 r. wynikało, iż jedną z intencji wprowadzanej zmiany miało być umożliwienie orzekania o tzw. „pieczy naprzemiennej”, jednakże, ani w art. 58 §1a k.r.o., ani w art. 107 § 2 k.r.o. nie wysłowiono możliwości takiego orzeczenia.

Począwszy od 29 sierpnia 2015 r., nie powinno budzić wątpliwości, że ustalenie pieczy naprzemiennej nad wspólnym małoletnim dzieckiem rodziców żyjących w rozłączeniu jest możliwe zarówno w zawartym przez nich porozumieniu, jak i w orzeczeniu sądu, które zapada w braku takiego porozumienia.

Tę tezę potwierdzają zapisy kodeksu postępowania cywilnego o „*orzeczeniu, w którym sąd określił, że dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach*” (art. 582¹ § 4 k.p.c., art. 598²² k.p.c.), a także art. 5 ust. 2 ustawy o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci³³.

W aktualnie obowiązującym stanie prawnym ma natomiast bardzo doniosłe znaczenie ustalenie czynników, które przemawiają za zgodnością z dobrem dziecka ustalenia pieczy naprzemiennej, oraz takich które stwarzają zagrożenie tego dobra³⁴. Wydaje się jednak, że jest to w większym stopniu zadanie sądów i teoretyków prawa niż ustawodawcy.

1.3. Ocena propozycji zmiany brzmienia art. 58 § 1a kodeksu rodzinnego i opiekuńczego zawartej w opiniowanym projekcie

Proponowane w projekcie ustawy nowe brzmienie art. 58 § 1a k.r.o. jest następujące: „§ 1a. W braku porozumienia, o którym mowa w § 1, sąd, uwzględniając prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców, może powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom oraz określić wykonywanie opieki³⁵ nad dzieckiem w ten sposób, że dziecko będzie mieszkało przemiennie z każdym z rodziców

³² Trafnie, szerzej na ten temat M. Domański, *Model pieczy naprzemiennej jako rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym (na tle nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 25.06.20115 r.)*, Przegląd Sądowy 2017, nr 7-8, s. 61-62.

³³ Ustawa z 11 lutego 2016 r., Dz. U. 2016, poz. 195 ze zm.

³⁴ W tej kwestii należy odesłać do opracowania M. Domańskiego, *Model pieczy naprzemiennej jako rozstrzygnięcie o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym (na tle nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 25.06.20115 r.)*, Przegląd Sądowy 2017, nr 7-8, s. 62-68.

³⁵ Konieczne wydaje się zwrócenie uwagi o niedopuszczalności w projektowanym przepisie zapisu o wykonywaniu „opieki” nad dzieckiem, bowiem termin ten w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym jest zastrzeżony dla instytucji opisanej w tytule III kodeksu. Pozostawienie dziecka pod władzą rodzicielską, która nie uległa zawieszeniu, wyklucza możliwość ustanowienia nad nim opieki (art. 94 § 3 k.r.o.). Właściwy termin to piecza, a nie opieka.

w porównywalnych okresach, z wyjątkiem przypadku, gdy jedno z rodziców zamieszkuje za granicą.”

O ile taka wersja przepisu zostałaby uchwalona, to orzekając o władzy rodzicielskiej rodziców rozwodzących się (art. 58 § 1, § 1a) bądź o władzy rodzicielskiej rodziców z innych przyczyn żyjących w rozłączeniu (art. 107 § 2 k.r.o.), możliwe byłyby **niżej wymienione rozstrzygnięcia:**

(1) W pierwszej kolejności ustalone w pisemnym porozumieniu rodziców o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów, o ile rodzice takie porozumienie zawarli; (Wśród możliwych wariantów rozstrzygnięcia w przedmiocie pieczy nad dzieckiem jest ustalenie pieczy naprzemiennej w sposób odpowiadający rodzicom. Okresy sprawowania pieczy mogą być „symetryczne”, bądź bardzo zróżnicowane co do długości. Może nastąpić powierzenie bezpośredniej stałej pieczy nad osobą dziecka tylko jednemu z rodziców, sformułowanie obowiązków i uprawnień drugiego w stosunku do osoby i majątku dziecka oraz ustalenia odnośnie do kontaktów). Ustawodawca pozostawia rodzicom znaczną swobodę co do merytorycznej treści porozumienia, o ile tylko jest ono zgodne z dobrem dziecka/dzieci, którego dotyczy i nie prowadzi do rozdzielenia rodzeństwa, choć w tej zasady możliwe jest odstępstwo.

Projekt nie rozstrzyga, czy treść porozumienia powinna być (i w jaki sposób) odzwierciedlona w sentencji wyroku, a sąd ma obowiązek rozstrzygnięcia w wyroku o władzy rodzicielskiej nad wspólnym małoletnim dzieckiem obojga małżonków, co wynika z art. 58 § 1 k.r.o.

(2) O ile rodzice nie zawarli porozumienia, bądź rodzice porozumienie zawarli, ale sąd ocenił, że nie jest ono zgodne z dobrem dziecka i w konsekwencji zachodzi sytuacja „braku porozumienia” sąd (o ile nie są spełnione przesłanki pozbawienia lub zawieszenia władzy rodzicielskiej) mógłby powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom oraz określić wykonywanie pieczy nad dzieckiem w ten sposób, że dziecko mieszkałoby przemiennie z każdym z rodziców w porównywalnych okresach, z wyjątkiem przypadku, gdy jedno z rodziców zamieszkuje za granicą (proponowane nowe brzmienie art. 58 § 1a k.r.o.).

Nie jest oczywiste, czy sąd miałby obowiązek przy takim rozstrzygnięciu o pieczy nad dzieckiem uregulować również kontakty każdego z rodziców z dzieckiem w okresie, gdy nie sprawuje nad nim bezpośredniej pieczy. Pozostawienie dotychczasowego brzmienia art. 58 § 1b k.r.o. zdaje się przemawiać za tezą, iż o ile nie było stosownego zgodnego wniosku o nie orzekaniu o kontaktach stosowne rozstrzygnięcie powinno być zamieszczone w wyroku przewidującym symetryczną pieczę przemienną.

(3) Możliwym sposobem rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej nadal byłoby jej pozbawienie lub zawieszenie, zgodnie z art. 112 k.r.o., a także, jak się wydaje, orzeczenie na podstawie art. 109 k.r.o., bowiem przyjmuje się, że w zakresie rozstrzygnięć o władzy rodzicielskiej sąd rozwodowy pełni funkcje sądu opiekuńczego. W czasie sprawy o rozwód nie może być bowiem wszczęte postępowanie przed sądem opiekuńczym co do władzy rodzicielskiej (art. 445¹ k.p.c.), aby nie doszło do wydania sprzecznych rozstrzygnięć.

Powyższe oznacza, że sąd nie mógłby – tak jak obecnie – orzec o powierzeniu wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców z jednoczesnym ograniczeniem władzy rodzicielskiej drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do

osoby dziecka. Wydaje się, że sąd nie mógłby także orzec, że dziecko będzie mieszkało przemiennie z każdym z rodziców w zróżnicowanych pod względem długości okresach (przykładowo podczas roku szkolnego z matką, a podczas wakacji i innych przerw w nauce z ojcem, albo przez dwa miesiące z jednym rodzicem, a przez kolejne 3 tygodnie z drugim itp.).

W konsekwencji, gdyby omawiana propozycja kolejnej nowelizacji art. 58 k.r.o. została przyjęta, nastąpiłoby znaczne ograniczenie swobody sądu orzekającego o władzy rodzicielskiej rodziców żyjących w rozłączeniu. Nasuwa się też pytanie, co mógłby – ewentualnie poza oddaleniem powództwa na podstawie art. 56 § 2 k.r.o. – uczynić sąd, gdy brak porozumienia, o którym mowa w art. 58 §1 k.r.o., brak podstaw do pozbawienia bądź zawieszenia władzy rodzicielskiej, powierzenie wykonywanie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom nie jest możliwe, gdyż jedno z nich mieszka za granicą, bądź z innej przyczyny stwarzałoby to poważne zagrożenie dobra dziecka?

Przypominając, iż obecnie jest możliwe zarówno porozumienie żyjących w rozłączeniu rodziców o przemienną, „symetryczną” pieczę nad wspólnymi małoletnimi dziećmi pozostającymi pod ich władzą rodzicielską, jeżeli jest ono zgodne z dobrem dzieci, jak i takie orzeczenie sądu wydane na podstawie art. 58 §1a k.r.o. w obecnym jego brzmieniu, zdecydowanie nie uzasadniona wydaje się zmiana proponowana w projekcie.

1.4. Ocena propozycji dodania do art. 97 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nowego paragrafu (projektowany art. 97 § 3 k.r.o.)

Projekt przewiduje dodanie do art. 97 k.r.o. paragrafu trzeciego stwierdzającego, że rodzice „obowiązani są do wzajemnego informowania się o bieżących sprawach dziecka oraz przekazywania dokumentów dziecka, w szczególności dowodu osobistego lub innego dokumentu potwierdzającego tożsamość, a także dokumentacji medycznej”.

Nie negując doniosłości wzajemnego prawa do informacji o sobie rodziców i dzieci, w szczególności gdy nie mieszkają razem, należy zasygnalizować, co następuje.

Aktualnie w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym nie wysłowiono wspomnianego prawa, choć nie jest ono kwestionowane i zapewne celowe byłoby dokonanie stosownego zapisu, choć, jak się wydaje, nie w zaproponowanej w projekcie formie.

Konieczne jest odnotowanie, że prawo do informacji jest uważane za element prawa do kontaktów rodziców i dzieci (art. 113 §1 k.r.o.) oraz innych osób uprawnionych do kontaktów z dzieckiem (art. 113⁶ k.r.o.), a nie za atrybut władzy rodzicielskiej. Tak też jest traktowane w Konwencji „W sprawie kontaktów z dziećmi”³⁶, sporządzonej w Strasburgu 15 maja 2003 r. (nazywanej niekiedy także konwencją wileńską). Poświęcony definicjom art. 2 ust. a tej Konwencji stwierdza, że „kontakt” oznacza pobyt dziecka przez

³⁶ <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/192>. W dniu 23 kwietnia 2009 r. została uchwalona ustawa o ratyfikacji Konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi, Dz. U. 2009, nr 68, poz. 576, ale dokument ratyfikacyjny nie został złożony przez Polskę. Zob. na ten temat A. Bodnar, M. Kopczyński, *Konwencja w sprawie kontaktów z dziećmi z 2003 roku – ratyfikacyjne błędne koło*, Helsińska Fundacja Praw człowieka. Analizy i Rekomendacje 9/2015, oraz P. Mostowik, *Komentarz do art. 113 k.r.o., V. Kwestia potrzeby dostosowania prawa polskiego do konwencji Rady Europy z 2003 r. – wzmianka (w:) Komentarze Prawa Prywatnego, tom V Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO* (red. K. Osajda), Warszawa 2017, s. 1332.

określony czas albo jego spotkanie z rodzicem (inną osobą uprawnioną), z którą dziecko stale nie mieszka, każdą formę komunikacji między dzieckiem i taką osobą oraz (art.2a pkt iii) „dostarczanie takiej osobie informacji o dziecku, albo dziecku o tej osobie”.

Za podstawę prawa informacji o dziecku uważany jest w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym art., 113 § 2, choć nie wymienia tego prawa, bowiem przytoczone formy kontaktów pośrednich nie stanowią zamkniętego katalogu³⁷.

III. Ocena projektowanych zmian przepisów ustawy Kodeks karny

W uzasadnieniu projektu wskazuje się na potrzebę wprowadzenia karalności za incydentalne oraz uporczywe utrudnianie oraz uniemożliwianie kontaktów lub sprawowania opieki nad małoletnim lub osobą nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny. Autorzy petycji „Stop alienacji rodzicielskiej” PW-9-01/17 w swoich żądaniach wskazują na konieczność nakładania kar aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny za łamanie przysługującego im prawa. Zaprezentowany projekt art. 244c Kodeksu karnego, jak należy domniemywać, stanowić ma odpowiedź na tak sformułowane apele.

Odnosnie do wskazanej regulacji należy wypowiedzieć się krytycznie. Przedstawione przepisy, a w ślad za nimi typy czynów zabronionych, nie spełniają wymogów wypływających z zasady subsydiarności prawa karnego (w ujęciu *ultimo ratio* reakcji karnej). Jest to szczególnie widoczne, jeżeli zważyć na opisane powyżej braki systemowo-regulacyjne unormowań cywilnoprawnych, których bezpośrednim podłożem jest bardzo często nabrzmiały konflikt między rodzicami dziecka. Oczywiście jest stwierdzenie, że w przypadku niemożliwości uregulowania w sposób jednoznaczny i pełny, a także satysfakcjonujący dla wszystkich stron, określonych stosunków społecznych za pomocą instrumentów prawa rodzinnego i opiekuńczego, niewłaściwym jest stosowanie regulacji karnej.

Prawo karne nie może bowiem stanowić remedium na niedomagania regulacji innych gałęzi prawa. Stosowanie narzędzi penalnych do kształtowania instytucjonalnych stosunków społecznych jest zaś niemożliwe do zaakceptowania. Dopiero optymalna regulacja owych stosunków na gruncie właściwych gałęzi prawa uprawnia do sięgania po rozwiązania karne w przypadku ich przekroczenia, a i to dopiero wówczas, gdy naruszenie danego stosunku niesie w sobie odpowiednio duży ładunek bezprawności. W tym aspekcie zasugerować należy szersze wykorzystanie rozwiązań proponowanych na gruncie prawa i postępowania cywilnego, a dopiero w razie ich fiaska rozważać odpowiednie modelowanie reakcji karnej (w perspektywie możliwych do zastosowania środków cywilnoprawnych).

Obecnie istnieją przepisy karne o zbliżonym zakresie normowania do projektowanego art. 244c k.k. Wskazać tu należy, na art. 211 k.k., zgodnie z którym „Kto, wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru, uprowadza lub zatrzymuje małoletniego poniżej lat 15 albo osobę nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Przepis ten

³⁷ Tak E. Trybulska-Skoczelaś, Komentarz do art. 113 k.r.o. (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz* (red. J. Wierciński), Warszawa 2014, s. 769.

powszechnie odczytywany jest jako znajdujący potwierdzenie w regulacjach międzynarodowych - przytoczyć tu należy Konwencję dotyczącą cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzoną w Hadze w dniu 25 października 1980 r.³⁸, oraz art. 35 Konwencji o prawach dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 20 listopada 1989 r.³⁹.

Co więcej, w orzecznictwie podnosi się, że „art. 199 k.k. z 1932 r. [obecnie art. 211] zwraca się przeciw samowolnemu jednostronnemu dokonywaniu zmian w ustalonym wprost przez prawo lub przez orzeczenie sądowe stosunku opieki lub dozoru nad osobą określoną w tym artykule. Przepis ten ma na celu, oczywiście, dobro osoby wymagającej opieki lub dozoru” (uchwała SN z dnia 21 lipca 1960 r., VI KO 14/60, OSNPG 1960, z. 10, poz. 158).

Jeżeli uznać, że naruszenia stosunków prawnych, wynikających z proponowanych regulacji cywilnoprawnych, są tego rodzaju, że przytoczona regulacja nie będzie mieć zastosowania, ewentualnie iż wiązać się to będzie z dużymi problemami interpretacyjnymi, to zasugerować należy odpowiednią jej modyfikację w miejsce przyjmowania nowych typów czynów zabronionych.

Przechodząc do analizy normatywnej zawartych w projekcie rozwiązań karnych wskazać trzeba, że niezrozumiałe jest z jakich powodów Projektodawca zdecydował się na umieszczenie regulacji w rozdziale XXX Kodeksu karnego zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości”, gdy w Kodeksie istnieje bardziej odpowiedni rozdział, tj. rozdział XXVI „Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece”. Pamiętać trzeba, że tytuł rozdziału wyznacza podstawowe dobro chronione i pełni on zasadniczą rolę przy wykładni zawartych w nim przepisów. W tym ujęciu, argumentem za umieszczeniem planowego typu czynu zabronionego w rozdziale XXX k.k. nie może być fakt powoływania się w treści przepisów na – mówiąc w uproszczeniu – powagę orzeczeń sądowych. Wskazać tylko należy, że podobne w swojej konstrukcji przestępstwo egzekucyjnego niezaspokojenia swojego wierzyciela (art. 300 § 2 k.k.) zostało umieszczone w rozdziale XXXVI Kodeksu karnego zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. Co więcej, w Kodeksie karnym z 1969 r. wskazane przestępstwo gospodarcze umieszczone było wśród przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości, a zasadniczym powodem jego przeniesienia do rozdziału XXXVI była konieczność skupienia się na głównym przedmiocie ochrony (obrocie gospodarczym), a nie na przedmiocie ubocznym (wymiarze sprawiedliwości). Zbieżna sytuacja zachodzi w opisywanym przypadku. Nie może wszak budzić wątpliwości, że głównym przedmiotem ochrony jest niezakłócone i prawidłowe wykonywanie pieczy, a w konsekwencji dobro małoletniego i osoby nieporadnej, a nie powaga wymiaru sprawiedliwości.

W projektowanym art. 244c § 2 k.k. stanowi się, że „Jeżeli w wyniku czynu określonego w § 1 małoletni dozna uszczerbku na zdrowiu psychicznym, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do roku do lat 3”. Przytoczona regulacja stanowić ma typ kwalifikowany względem art. 244c § 1 k.k., przy czym okolicznością kwalifikującą będzie skutek w postaci „uszczerbku na zdrowiu psychicznym”. Zastanawia jednak z jakich powodów negatywne konsekwencje dla sprawcy czynu mają być ograniczone

³⁸ Dz.U. 1995, nr 108, poz. 528.

³⁹ Dz.U. 1991, nr 120, poz. 526.

wyłącznie do sytuacji, w których pokrzywdzonym jest małoletni, wszak w typie podstawowym czynu zabronionego wskazuje się na dwie grupy pokrzywdzonych, tj. małoletnich i osoby nieporadne ze względu na ich stan psychiczny i fizyczny. Warto przy tym podkreślić, że art. 244c § 3 k.k., przewidując kolejny typ kwalifikowany, wprost odwołuje się do § 1, nie czyniąc rozróżnienia względem osób pokrzywdzonych. Zaproponować zatem należy odpowiednią modyfikację art. 244c § 2 k.k. przez skorzystanie z ogólnej formuły „pokrzywdzonego”.

Inne zagadnienie wiąże się z samym pośłużeniem się znamieniem „uszczerbek na zdrowiu psychicznym”. Jest to wyrażenie niestosowane do tej pory w Kodeksie karnym, wobec czego brak jest orzecznictwa czy wypowiedzi doktryny, które w sposób jasny prezentowałyby jego zawartość normatywną. Stan taki może rodzić obawę, że każde nawet najmniejsze i przemijające zachwianie zdrowia psychicznego u małoletniego będzie rodzić odpowiedzialność karną za typ kwalifikowany czynu zabronionego. Pomijając częstą niemierzalność takich przypadków, może budzić wątpliwość czy „uszczerbek na zdrowiu psychicznym”, który zarazem nie będzie nawet „lekkim uszczerbkiem na zdrowiu” powinien być okolicznością kwalifikującą.

W odniesieniu do powyższych uwag, warto podkreślić, że Kodeks karny, co do zasady, posługuje się formułą „następstwa” w postaci określonego uszczerbku na zdrowiu. Taka forma określenia czynu zabronionego wiąże się również z redakcją art. 9 § 3 k.k., zgodnie z którym możliwe są tzw. przestępstwa umyślnie-nieumyślne.

W przedstawionym projekcie art. 244c § 2 k.k. nastąpiło odejście od konstrukcji *culpo dolo exorta*, co w praktyce może się wiązać z twierdzeniem, że sprawca odpowiadać będzie jedynie wówczas, gdy umyślnie wyrządzi małoletniemu uszczerbek w zdrowiu psychicznym. Jak się wydaje takie sytuacje będą stosunkowo nieliczne.

Z kolei przypadki, w których uszczerbek zostałby wyrządzony nieumyślnie występować będą dość często (na zasadzie świadomości, że takie mogą wystąpić, ale bez woli, żeby wystąpiły, ew. w ogóle bez świadomości możliwości ich wystąpienia).

Zasugerować zatem należy przyjęcie klasycznej konstrukcji następstwa, ze wskazaniem na rodzajowo określony uszczerbek na zdrowiu. Rozwiązanie takie będzie spójne z dotychczasową regulacją kodeksową, dobrze oddając okoliczność wpływającą na kwalifikowaną odpowiedzialność karną (nadmienić trzeba, że konstrukcja winy kombinowanej zastosowana została w planowanym art. 244c § 3 k.k.).

IV. Uwagi podsumowujące

Ustawy wiodące dla danej gałęzi prawa, w szczególności mające formę kodeksu, nie powinny być często zmieniane, a wprowadzenie każdej zmiany (o ile nie wynika ona z orzeczenia o niekonstytucyjności przepisu bądź ze zobowiązań międzynarodowych) powinno być głęboko przemyślane, poprzedzone stosownymi badaniami praktyki i wszechstronną analizą przypuszczalnych skutków społecznych oraz konsekwencji dla całego systemu prawa obowiązującego w państwie. Dlatego jest pożądane, aby zmiany kodeksów były przygotowywane w maksymalnie profesjonalny sposób przez zespół ekspertów skupionych przykładowo w komisji kodyfikacyjnej powołanej przez Ministra Sprawiedliwości, gdy nie ulega wątpliwości, że to konieczne, bowiem wykorzystano

wszystkie możliwości ewentualnej zmiany praktyki w ramach obowiązującego stanu prawnego.

Szczególnie szeroka jest grupa potencjalnych adresatów rozwiązań przepisów z zakresu prawa rodzinnego. Przestrzeganiu tego prawa sprzyja jego znajomość. Częste zmiany (w tym dokonywane pod wpływem oczekiwań nielicznych grup osób zainteresowanych wprowadzeniem rozwiązania ocenianego przez nie jako pożądane) mogą prowadzić do niekorzystnych skutków społecznych w dłuższej perspektywie czasowej.

Celowe wydaje się przypomnienie, iż Kodeks rodzinny i opiekuńczy, uchwalony dnia 24 lutego 1964 r., jest (i był w przeszłości) oceniany, jako nie nasuwający poważniejszych zastrzeżeń zarówno gdy chodzi o podstawowe założenia, jak i ujęcia techniczno - legislacyjne⁴⁰.

W kodeksie niewiele było dotychczas rozwiązań kazuistycznych, a liczne zwroty niedookreślone umożliwiały stosowanie racjonalnej wykładni dostosowanej do zmieniających się stosunków społecznych. W ostatnich latach obserwowana jest, niestety, tendencja do częstych zmian prawa rodzinnego, co nie sprzyja zachowaniu stabilnego stanu prawnego. Niekiedy zmiany są skutkiem nagłośnienia przez środki masowego przekazu różnych stanów faktycznych (zwykle nietypowych, przedstawionych w sposób bulwersujący opinię publiczną, aby zatrzymać, choć na krótki czas, uwagę odbiorcy: słuchacza, widza, czytelnika).

Odnosnie do głównego przedmiotu projektu ustawy w zakresie prawa rodzinnego konieczne wydaje się przypomnienie, iż norma o sposobie rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej w wyroku rozwodowym w niezmienionej formie obowiązywała od wejścia w życie kodeksu (1 stycznia 1965 r.) do 13 czerwca 2009 r.⁴¹, a więc przez ponad 43 lata.

Zmieniająca ją ustawa z 6 listopada 2008 r. była przygotowana przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości, jej projekt (druk Sejmu RP VI kadencji nr 888) został wniesiony do parlamentu przez Prezesa Rady Ministrów 12 sierpnia 2008 r. W uzasadnieniu wskazano na badania orzecznictwa i stanowisko prezentowane w nauce prawa. Zmiany w stosunku do tego projektu podczas procesu legislacyjnego nie były wystarczająco przemyślane, czego przykładem jest choćby wzbudzający zasygnalizowane wątpliwości zapis o „prawie dziecka do wychowania przez oboje rodziców”, wprowadzony pod naciskiem zwolenników pieczy naprzemiennej.

Uwagi krytyczne w stosunku do unormowań ustawy z 6 listopada 2008 r., obowiązujących od 13 czerwca 2009 r., spowodowały opracowanie w Ministerstwie Sprawiedliwości założeń projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 23 września 2014 r. (ZD 116). Rząd jednak nie zdążył przygotować stosownego

⁴⁰ Tak J. Ignatowicz, *Kilka uwag o przyszłych zmianach kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, Prace cywilistyczne pod red. naukową S. Wójcika, Warszawa 1990, s. 91. Pozytywną opinię o kodeksie wyrazili uczestnicy konferencji naukowej: „Czy potrzebna jest w Polsce zmiana prawa rodzinnego i opiekuńczego?”, która odbyła się w Katowicach we wrześniu 1995 r. („Czy potrzebna jest w Polsce zmiana prawa rodzinnego i opiekuńczego? Materiały z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej w dniach 21 i 22 września 1995 roku w Katowicach” pod red. B. Czecha, Katowice 1997, s. 12 – 14, M. Nazar, *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, Rejent, 2005, nr 9.

⁴¹ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r., o zmianie ustawy - Kodeks rodzinny i opiekuńczy i niektórych innych ustaw, Dz. U. nr 220, poz. 1431.

projekt ustawy na podstawie tych "Założeń", bowiem w dniu 12 stycznia 2015 r. wpłynął do Sejmu RP Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy - Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (druk Sejmu RP VII kadencji nr 3104, opracowany na bazie projektu zawartego w druku Senatu RP VIII kadencji nr 757⁴²). Projekt ten został uchwalony, a zmieniony stan prawny obowiązuje od 28 sierpnia 2015 r.

Realizacja prawa dziecka do wychowywania przez oboje rodziców żyjących w rozłączeniu (w tym rozwodzących się), a zarazem pozostających w konflikcie dotyczącym sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, jest ideą godną aprobaty lecz niezwykle trudną do zrealizowania.

Budzi wątpliwość, czy realizacja tej idei bez skutecznych mechanizmów prowadzących do uprzedniego wygaszenia lub poważnego złagodzenia konfliktu pomiędzy rodzicami jest możliwa. Przedstawiony projekt takiego rozwiązania nie przewiduje.

Obowiązkowe orzekanie o pieczy przemiennej (naprzemiennej) „symetrycznej”, gdy brak porozumienia rodziców o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów, a rodzice żyją w rozłączeniu, traktuje jako remedium na zjawisko tzw. „alienacji rodzicielskiej” bez jakiegokolwiek refleksji nad skutkami takiego rozwiązania dla dobra dzieci, a także bez wzięcia pod uwagę, że znaczna część rodziców zgodnie takiego rozstrzygnięcia może nie chcieć.

Projekt przewiduje penalizację zachowań niepożądanych z punktu widzenia realizacji kontaktów z dziećmi, choć takie rozwiązanie może jeszcze pogłębić i zaostrzyć konflikt rodzinny, którego wygaszenie, bądź złagodzenie, byłoby korzystne dla dzieci, rodziców i innych krewnych zainteresowanych bliskimi relacjami z dziećmi. Powyższe stwierdzenia uzasadniają wniosek, iż nadawanie dalszego biegu projektowi ustawy nie jest uzasadnione.

⁴² Inspiracją dla 13 Senatorów VIII kadencji, którzy w dniu 28 października 2014 r., na podstawie art. 76 ust. 1 Regulaminu Senatu, złożyli projekt ustawy (Druk nr 757) - jak wynika z uzasadnienia projektu - było stanowisko Rzecznika Praw Dziecka związane: *„z dużą ilością spraw napływających do Rzecznika Praw Dziecka, wskazujących na naruszenie prawa dziecka do wychowywania przez oboje rodziców”*. (Została przedstawiona opinia Sądu Najwyższego o tym projekcie, BSA I-021-365/14).